

震災後ノ私法觀

NOTES ON SOME PRIVATE LAW CASES
IN
POST EARTHQUAKE JAPAN

教 授

遊 佐 慶 夫

PROF. K. YUSA

1924

震 災 後 ノ 私 法 觀

(假屋問題ト保險問題)

遊 佐 慶 夫

內 容 表

第一節 序 言

I. 現代法ト不可抗力——II. 法律ノ時代化——III. 震災後ノ法律問題——

第二節 假屋問題

IV. 假屋問題ノ輪郭——V. 單純ナ解答——VI. 土地附借家——VII. 不能部分ト可能部分ノ分離論——VIII. 主從運命論ノ反駁——IX. 燒失後ノ借家權——X. 家屋ノ貸借ニ伴フ土地ノ轉貸借——XI. 轉貸權ノ根據——XII. 轉貸借ノ內容——XIII. 轉貸借ノ終了——XIV. 契約存續說(結論)——XV. 殘品整理說ノ批評——XVI. 人格說ノ批評——XVII. 權利濫用觀ノ批評——

第三節 保險問題

XVIII. 保險爭議ノ概念——XIX. 地震約款ニ對スル私ノ態度——XX. 例外則ノ勿論解釋——XXI. 地震ト火災ノ法律的連絡——XXII. 立證責任ノ分擔——XXIII. 立證責任ノ法則——XXIV. 保險契約ノ有償性——XXV. 事情論ト法理論——XXVI. 地震約款ノ效力問題

第一節 序 言

I. 現代法ト不可抗力

古來ノ法律觀念中ニハ、不可抗力ト云フコトガアル。吾現行ノ法制ニモ、マタ其學說ニモ、其觀念ガ構成サレテ居ルコトハ明カデアアル。然シ乍ラ過般ノ關東地方ニ於ケル震火災ノ如キ、突發的デアツテ、著大デアツテ、擴大性ノアル不可抗力ニ對應スル丈ケノ法制ハ、遺憾乍ラ準備サレテハ居ラナカッタ。マタ學問的ニモ、コレ程ノ不可抗力ニ對シテハ、十分ナル考慮ガ拂ハレテ居ラナカッタコトハ明白デアアル。成ルホド地震ノ經驗ノ乏シイ、歐洲諸國ノ法制ニ倣ツタ、吾法制ニハ、左様ナ準備ノ無イコトハ、道理デモアロウ。

然シ乍ラ法律ノ制定及ビ解釋運用ニハ、各國又ハ各地方ノ特殊事情ガ、考慮サレナクテハナラヌ。從テ過去ノ吾法制ガ、其成立ノ當初ニ於テハ、豫想サレナカッタ事態ニ付テモ、此法制ヲ解釋運用スルニ當テハ、此豫想外ノ事態ヲ考慮ニ入レテ、形式ニ於テハ守舊的ノ法制ヲ、實質ニ於テハ之ヲ、時代化シテ行カナケレバナヌモノト思フ。故ニ法律ノ解釋ハ、其立法ノ局ニ當ツタ人々ノ、頭腦ヲ支配シタ個人的ナ原理ヤ、其當時ノ社會事情ヤ、立法事情ナドニ拘束サル可キモノデハナク、常ニ解釋當時ノ社會事情ヲ、唯一ノ標準トシテ進マナクテハナラヌノデアアル。

II. 法律ノ時代化

然シ乍ラ、解釋ニ因テ、法律ノ實質ヲ時代化スルニハ、自ラ其範圍ニ限度ガアルモノデアアル。解釋ハドコ迄モ解釋デアリ、立法ノ領域ヲ冒スコトハ許シ得ナイ。解釋ノ職能ヲ過信シタル法律ノ全體系ヲ變更スル様ナ所論ハ、解釋トシテハ全く脱線ノ主張ニナルモノデハアル。斯様ナ主張ハ解釋ノ假面ヲ被ツテ、實質ニ於テハ立法論ヲ行ツテ居ルモノデアロウ。立法ト解釋トハ、現代ノ法律文化ニ於テハ、之ヲ行フ機關モ異ルシ、其方法モ異ルシ、其作用モ異ルシ、其他種々ナル點ニ於テ、文化的意義ヲ異ニスルモノデアアル。故ニ此兩域ヲ混交スル様ナ態度ヲ以テ、法律問題ヲ取扱ツテハナラス。

過般ノ震火災ニ基因スル法律問題ニ付テモ、極端ナ無節制ナ自由法論者流ノ、法律論ガアツタ。私ハ先ヅ其議論ハ立法論デアアルカ、解釋論デアアルカヲ確メテ置キタイト思ツタ。是ハ固ヨリ平凡過ギタ質問デハアルガ、其平凡ナ點ガ曖昧ニサレテ進行シタ議論ノ結果ハ、恐ル可キ誤解ヲモ招致シテ居ルノデアアル。

III. 震災後ノ法律問題

過般ノ震火災ニ基因スル、法律問題ハ澤山アル。然シ私ガ比較的ニ學問上、注意ヲ拂ツタ問題ハ、假屋問題ト保險問題トデアツタ。而カモ此兩問題ハ、學問上ノ問題カラ轉ジテ、社會爭議ノ的トナツテ居ル。ケレドモ私ハ此兩問題ニ付テハ、特ニ此稿ヲ作ル爲メニ、研究、調査トイフ程ノコトヲ試ミタ、殆ント何モノヲモ有シナイ。唯ダ數氏ノ學者ガ新聞等ニ發表サレタリ、

新聞ニ依テ傳ヘラレタリシタ、所論ヲ理解シタ外ニ、同僚諸氏
ヤ學生諸君ト、數次論議ヲシタ結果ガ、此稿ヲ作ル動機又ハ準
備ニハナツタカモ知レナイ。然シ私ハ、其等ノ人々カラ唱ヘラ
レタ學說主張トハ、餘程異ナツタ考ヲ持テ居ル。今、其等ノ諸
說主張ヲ考慮シツ、順次私ノ所見ヲ述ベルコトユスル。

私ハ大體ニ於テ、現行ノ法律體系ノ氣界内ニ於テ、固定的ナ
成文法ニ適宜ノ彈力性ヲ持タセテ、事案ノ判斷ニ臨ムコトニス
ル。從テ私ハ主トシテ、解釋法學的ナ立場カラ、立論スルモノ
デアルコトハ勿論デアル。若シ此他ノ立場カラ議論ヲスル場合
ニハ、之ヲ斷ツテカラ、其レニ入ルコトニシヨウ。

固ヨリ現行ノ法制ハ、過般ノ天災ニ臨ムニハ、立法的ニ整
備サレタモノデハナカツタ。然シ成法ノ解釋の彈力性ヲ發揮セ
シメレバ、著シイ不相當ナ結果ヲ見ル程ニ、不完全ナモノデハ
ナカツタト、私ハ思フ。以下、兩問題ヲ各別ニ、分說スルコト
ニスル。

第二節 假屋問題

IV. 假屋問題ノ輪郭

假屋問題ト云ツテモ、其法律觀ハ多種多樣ニ亘ル。私ハ事案
ノ内容ヲ、次ノ如キ抽象的ナ問題ニ、限ツテ置カウ。

甲ノ所有地ヲ乙ガ貸借シテ、其上ニ家屋ヲ築造シタリ。丙

之ヲ賃借シテ、其營業及ビ住居ノ用ニ供ス。然ルニ火災ノ爲メ、同家屋ハ燒失シタリ。仍テ丙ハ其燒跡ニ、地主(甲)ニモ、家主(乙)ニモ無斷デ、假屋ヲ建造シテ、營業及住居ノ急用ニ備ヘタリ。甲乙丙ノ法律關係如何。

此問題ハ大正十二年九月一日、東京市ニ於ケル震災ニ起因スルモノトシテ、法理ニ相違アリヤ。

V. 單純ナ解答

事案ニ對シテ、從來ノ法律論ヲ、最モ單純ニ適用スレバ、借家人タル丙ハ、家屋ノ燒失シタル結果トシテ、當然ニ其權利ヲ失ハナケレバナラス、——從テ其後、土地ヲ占據シテ、其レニ假屋ヲ築造スルガ如キハ、甲ニ對シテハ土地所有權ノ侵害トナリ、乙ニ對シテハ借地權ノ侵害トナルモノノ様ニモ、一應ハ考ヘラレル。過般ノ震災後ノ法律論トシテ、斯様ナ解答ヲ下シタ學者モアツタ。成ルホド丙ノ有セル借家權トイフ債權ハ、元來ガ特定ノ家屋ニ付テノ債權デアルカラ、其家屋ノ燒失ニ因テ、履行不能トナツテ、消滅スル様ニモ考ヘラレル。

然シ丙ハ家屋ニ付テ權利ヲ失ヘバ、直チニ土地ニ付テモ無權利者ニナルモノデアルカ何かハ、更ニ考慮ノ餘地ガアルト思フ。丙ハ尙ホ家屋ノ燒失シタル後ニ於テモ、土地ノ占有權ヲ有シテハ居ラスデアロウカ、マタ其原因關係タル可キ、土地ノ轉借權ヲ有シテハ居ラスデアロウカ。

VI. 土地附借家

家屋ノ貸借トイフ關係ハ、家屋ノ性狀ヲ保タシメ、且ツ之ヲ效用アラシメル爲メニ、必要ナル土地ノ貸借關係ヲモ、當然ニ含ムモノデアルコトハ、疑ヲ容レナイノデアル。世間普通ニ行ハレル、家屋ノ貸借ニ當リテハ、其實買ノ場合ニ見ル様ニ、其家屋ノ爲メノ土地ノ關係ニ迄、念ヲ押ス者ハ無イカモ知レヌ。即チ家ヲ買フ人ハ、地主ガ何人デアルカ、地代ガ幾何デアルカ、借地權ノ期間ハドウカト、一々土地ニ關スル注意ヲ拂フデアロウ。然シ家ヲ借リル人ハ、其家ノ爲メノ土地迄モ、之ヲ貸シマスカト、念ヲ押スコトハ、恐ラク無イデアロウ。蓋シ家屋ノ賣買ハ土地ノ關係ヲ含マナイガ、家屋ノ貸借ハ當然ニ土地ノ關係ヲ含ムカラデアル。

故ニ借家契約トカ、借家權トカ云フノハ、其全内容ヲ表示スルニハ、不十分ナ用語デアル。假令、用語ハ簡略デアツテモ、其内容ニ於テハ、少クモ借家地契約トカ、借家地權トイフ意味迄ニハ、了解シテ置カナケレバナラヌモノデアル。即チ普通ノ借家トハ、其實質ハ土地附借家ノ意味デナケレバナラヌ。

VII. 不能部分ト可能部分ノ分離論

故ニ家屋ハ燒失シテモ、契約ノ内容ハ、全部履行不能ニナルモノデハアルマイ。家屋ノ無イ土地トシテ、不完全乍ラ、契約中ノ一部ノ内容ハ、履行サレ得ルモノデアル。故ニ借家人タル丙ハ、可能ナル部分ノ履行ヲ受ケル權利ヲ、保有シ得ナケレバナラヌ、此點ニ付テ最モ適切ナル規定ハ、選擇債權ニ付テ設ケ

ラレタル。即チ債權ノ目的タル可キ給付中、(始ヨリ不能ナルモノ又ハ)、後ニ至リテ不能ト爲リタルモノアルトキハ、債權ハ其殘存スルモノニ付テ存在ストア(民法410 I)。此規定ハ偶々選擇債權ニ付テ、設ケラレタモノデハアルガ、之ト同趣旨ノ規定又ハ少クモ、此理論ヲ前提トスル規定ハ、民法中ニハ屢散見スルノデアアル。マタ學說トシテモ、債權ノ目的中一部ガ不能ニナレバ、可能ナル殘部ニ付テ迄、債權關係ヲ終了セシムルトイフ、道理ハ認メラレナイノデアアル。

VIII. 主從運命論ノ反駁

或論者ハ、家屋ノ貸借ハ、其從タル關係トシテ、土地ノ貸借ヲ伴フモノデアツテ、既ニ主タル關係ガ消滅スル以上ハ、從タル關係ハ之ト運命ヲ共ニシテ、消滅シナケレバナラスト、論ズルカモ知レナイ。即チ主從運命論デアアル。

元來、主物ト從物トノ關係、主タル權利ト從タル權利トノ關係其他ノ主從運命論ハ、ローマ法以來ノ傳統的ナ原理ノ様デアアルガ、私ハ此原理ニ對シテハ、無條件ニ信仰ヲ拂フコトハ出來ナイ。成ルホド當事者ノ意思ヲ解決スル方便トシテハ、此原理ガ妥當デアアルコトモ認メ得ル。

然シ家屋ノ貸借當事者ハ、主タル部分ニ當ルモノト見ラレル家屋ガ燒失スレバ、從タル部分ニ當ルモノト見ラレル土地ニ付テモ、當然ニ貸借關係ガ消滅スルモノト見ルコトガ、果シテ貸借當事者ノ意思ニ適合スルデアロウカ? 假令、從タル部分デアツ

テモ、其レガ主タル部分カラ分離シテ、獨立ノ效用ヲ納メ得ル状態ニアル以上ハ、其私的經濟ヲ無意義ニシテ、從タル部分ノ法律關係ヲ消滅セシムルトイフ、主從論法ニハ賛成スルコトハ出來ナイ。マタ左様ナ主從論法ハ決シテ、當事者ノ意思ニ適合スルモノデハアルマイ。當事者ノ意思解釋ヲ基調トシテ起ツタ筈ノ主從論法ハ、其運用ヲ誤ツタ結果、却テ當事者ノ意思ヲ虐殺スルコトニモナルデアロウ。

元來、主從運命ノ論法ハ、强行性ノ原理デハナイ。從テ借家人ハ突發的ナ家屋ノ災難ニ會シテ、土地ニ付テマデモ直チニ、無權利者トナルトイフ様ナ、不安定ナ運命ノ下ニハ、契約ヲ結ブコトヲ欲シナイデアロウ。故ニ若シ論者ノ云フ様ナ主從運命論ガアルナラバ、當事者ハ斯様ナ原理ニハ從ハザルコトノ、特約ヲスルコトモ自由デアル筈ダ。而シテ其特約ハ不文ノ中ニ行ハレテ居ルモノト、見ルコトモ出來ルノデアアル。

要スルニ私ハ家屋ト土地トノ間ノ主從論ヲ認メナイシ、假リニ此原理ヲ一應是認スルトシテモ、當事者ハ特約ヲ以テ個別的ニ、此原理ノ適用ヲ拒絶シテ居ルニ相違ナイト思フノデアアル。

IX. 燒失後ノ借家權

家屋ガ燒失シテモ、借家人ハ尙ホ二ツノ權利ヲ有スルコトヲ私ハ認メル。其一ツハ土地ノ占有權デアアル。占有權ハ目的物ヲ支配スル、事實關係カラ成立スル權利デアルカラ、家屋ニ付テハ占有權ヲ失ツテモ、土地丈ケニ付テ獨立ノ占有權ヲ保有シ得

ルコトハ疑ガナイ。尙ホ他ノ一ツハ、借家人ノ土地占有ノ原因關係ヲ組成スル所ノ、土地ノ轉借權デアル。故ニ借家人（丙）ハ、家屋ノ焼失ニ因テ、當然ニ土地ノ不適法占有者トナル憂ハナイノデアル。

家屋ノ焼失後ハ、借地人乙（家主）ト借家人丙トノ間ニハ、土地ノ轉貸借關係ガ殘ル。家屋ノ存立スル間ハ、家屋ノ貸借關係ト合體シテ居ル爲メニ、特別ニ土地ノ轉貸借關係ノアルコトナドハ、注意サレズニ居ル。然シ前者ガ不能ニナツテ、契約關係カラ除外サレテモ、後者ハ可能部分トシテ、契約關係中ニ殘留シ得ルコトニナルカラ、土地ノ轉貸借關係ガ明瞭ニ、注意サレル様ニナツタノデアル。

X. 家屋ノ貸借ニ伴フ土地ノ轉貸借

故ニ所謂「家屋ノ貸借契約」ト云フ中ニハ、常ニ其土地ノ貸借關係（地主ト家主トノ同人ナル場合）、又ハ土地ノ轉貸借關係（地主ト家主トガ別人ナル場合）ガ、本質的内容トシテ含マレテ居ルノデアル。現代文化ノ程度ニ於テハ、家屋トイフノハ、空中樓閣式ノモノヲ意味スルノデハナクテ、必ズヤ一定ノ土地ニ固定スルモノトシテ、法律取引ノ目的ニナツテ居ルノデアル。唯ダ家屋ヲ解體シテ、得タル材料ニ付テ、又ハ移動ノ目的ヲ以テ、家屋ヲ取引シタ様ナ場合丈ケガ、土地ノ取引ヲ含マナイノデアル。然シ事案ハ既ニ、家屋ヲ不動産トシテ貸借シタ場合ニ限ルノデアルカラ、不動産タル特性ヲ發揮スル爲メニ、欠ク可カラ

ザル土地ノ(貸借又ハ)轉貸借關係ヲ無視シテ、家屋ノ貸借問題ヲ考ヘルコトハ出來ナイノデアル。

然ラバ事案ニ付テ、借地人デアツテ家主タル乙ト、所謂借家人(精確ニ言ヒバ「借家地人」)トノ間ノ、土地ノ轉貸借關係ハ如何ナル内容ノモノデアルカヲ、論定シナケレバナラス。マタ借地人ノ轉貸權ノ根據ニ付テモ、考慮サレナクテハナラス。

XI. 轉貸權ノ根據

民法ノ規定ニ依レバ、借地人ハ地主ノ承諾ナシニハ、他人ニ土地ヲ轉貸スルコトハ出來ナイ筈デアル(民法612 I)。然シ其承諾ハ明白ナモノデモ、暗黙ナモノデモ、之ヲ區別スルノデハナイ。通常、借地人が其地上ニ築造シタ家ヲ貸スニ當テハ、特ニ地主カラ明白ナ承諾ヲ得ナイデモ、却テ特別ナ禁止デモ無ケレバ、其家屋ト共ニ、土地ガ借家人ニ轉貸サレルモノデアルトイフ様ナコトハ、地主ノ既ニ覺悟スル處デモアロウシ、暗ニ認諾シテ居ル處デモアロウト思フ。今日ノ社會事情カラ見レバ、斯様ナ轉貸ハ最モ通有事デアルノダカラ、極メテ特異ナ地主ヲ想像セサル限リハ、此推論ノ方ガ一般ニ妥當ナモノトシテ許サレナケレバナラス。斯ノ覺悟又ハ認諾ハ、民法六一二條ノ承諾ト見ルニ妨ゲハナイデアロウ。從テ借地人ハ地主ノ承諾ナシニ、轉貸シタモノト見ルコトハ出來ナイノデアル。

既ニ轉貸借ガ適法ニ行ハレタ以上ハ、地主(甲)ト轉借人(丙)トノ間ニモ、直接ノ法律關係ガ生ジテ、前者ハ後者ニ對シテモ

借貸ヲ請求スルコトが出来ルコトニナル。而シテ地主ハ借地人(乙)ニ請求スルカ、轉借人(丙)ニ請求スルカハ自由デアル筈ダ(民法613)。轉借人ハ轉貸人ニ支拂ツテモ、賃貸人ニ支拂ツテモ前拂ヲナシタ場合ノ外ハ、再度ノ支拂ニ應ズル義務ハナイ筈デアアル。此等ノ法律關係ハ、民法六一三條カラ既ニ明白ナコトデアアル。

XII. 轉貸借ノ内容

然ラバ轉貸借ノ内容ハ如何トイフニ、固ヨリ當事者間ノ契約デハ甚ダ明カデナイノデアアル。抑モ此問題ノ起ル所以ノモノハ此點ガ不明ナル爲メニ外ナラナイノデアアル。故ニ理ヲ推シ、情ヲ汲ンデ、契約内容ノ解説ニ努メナケレバナラヌノデアアル。

先ヅ轉借人ノ負擔スル借貸ノ義務カラ、考ヘルコトニスル。家屋ノ燒失スル迄ハ、所謂家賃ノ中ニハ、土地ノ借貸ヲモ含メテ、拂ツテ居ルノデアアルカラ、其後ニ於テハ其家賃ハ減額サレナケレバナラヌ。民法六一一條一項ニ因テ、借家人ハ燒跡地ノミノ轉借料ニ相當スル迄ニ、從來ノ家賃ノ減額ヲ請求シ得ルコトニナル。燒跡地ノミニテハ、賃借ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザルトキハ、借家人ハ契約ヲ解除シ得ルコトモ明カデアアル(民法611 II)。兎ニ角、家屋ハ燒失シテモ、契約關係ハ當然ニ終了スルモノデナйкаラ、借家人ハ一時、其燒跡地ヲ占據シテ、向後ノ方策ヲ立テル爲メノ、安定ヲ得ルコトニナルノデアアル。其範圍ニ於テ從來占據シタル燒跡地ニ假屋ヲ築造スルコト

モ、尙ホ彼レノ權利デアルニ相違ハナイ。

借家人ガ此程度ニ於テ、土地ヲ利用スルコトハ、必ズシモ契約又ハ目的物ノ性質ニ因テ、定マリタル用方ニ反シタ使用ト見ル可キモノデハアルマイ(民法616, 594I)。却テ借家人ハ當初カラ、契約上斯カル利用權ヲ與ヘラレテ居ルモノデアロウト思フ。蓋シータビ家屋ガ焼失スレバ、其焼跡ニ假寓スルコトスラモ、許サレヌ様ナ不憫ナ條件ノ下ニ、借家契約ガ結バレタモノト見ルコトハ出来ナイカラデアル。假リニ左様ナ殘酷ナ結果ヲ借家人ニ強ユル契約ヲ、當事者ガ眞面目ニ合意シタトシテモ、斯様ナ合意ハ民法九〇條ノ公序良俗ニ反スル目的ノ法律行爲トナツテ、少クモ其部分丈ケハ無効ニナラナケレバナラス。故ニ有效ナ借家契約デアル以上ハ、今次ノ如キ非常時ノ問題ナルト、常時ノ問題ナルトヲ問ハズ、借家人ガ其焼跡ニ假屋ヲ構ヘル位ノコトハ、契約上ノ彼レノ權利ナリト見ナケレバナラス。

XIII. 轉貸借ノ終了

然シ借家人ハ其假家所有ノ爲メニ、永ク其土地ヲ使用シ得ル權利ハ無イト思フ。元來借家人ハ焼失セル家屋ノ爲メニ、土地ヲ轉借シタノデアルカラ、土地ノミヲ單獨ニ轉借シタ人ノ様ナ、價値アル權利ヲ有シ得ナイデアロウ。

借家人ハ假屋保護ノ意味ニ於テ、土地ヲ使用シ得ルノデハナイ。彼ハ焼失セル家屋使用ノ延長トシテノミ、焼跡地ヲ占據スルコトガ出来ルノデアル。斯クノ如キ程度ノ土地使用ハ、決シ

テ契約ノ本旨ニ反スルモノデハナイ。

然ラバ何時迄、彼ハ其土地ニ占據スルコトガ出來ルノデアロウカ。其期間ニ付テハ法律ニ適切ナ規定ハナイ。然カモ當事者間ニ協定ガナケレバ、借地人タル家主ハ、何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトガ出來ル、此場合ニ於テハ解約申入後、三ヶ月ヲ經過シテ、乙丙間ノ契約關係ガ終了スルノデアル(民法617I2)。此場合ハ單獨ニ土地ヲ取引シタノデハナйкаラ、民法六一七條一項ノ第一號ヲ適用シテ、一ケ年ト解ス可キモノデハナイ。契約ノ目的ハ建物デアツタノダカラ、残ツタ問題ハ土地デアツテモ、建物ノ期間トシテ、同第二號ノ規定ヲ適用スルノデアル。關東地方ノ一部ニ於テハ、借家法ノ適用ヲ受ケルカラ、此期間ハ六ヶ月ニ延長サレルコトニナル(同法 3)。此三ヶ月又ハ六ヶ月後ニ、尙ホ丙ガ其土地ヲ占據スレバ、彼ハ不適法ノ占有者トナルコトハ明カデアル。若シ此期間内ニ、假屋等ヲ收去シテ、其土地ヲ返還シナケレバ、彼ハ損害賠償ノ責任ヲ負ハナケレバナラヌコトハ勿論デアル。

XIV. 契約存續說(結論)

假屋問題ニ對スル、私ノ法律觀ノ要點ハ、大體以上ノ通りデアルガ、之ヲ他ノ諸說ト比較シテ置ク。私ハ家屋ノ貸借ハ實質ニ於テ、土地ノ貸借ヲ含ムモノト見ルガ故ニ、家屋ガ燒失シテモ土地ガ現存スル以上ハ、土地ニ付テ契約關係ハ尙ホ殘留スルモノト見ルノデアル。換言スレバ家屋ガ燒ケテモ、借家契約ハ土

地ニ付テ殘ルモノト見ルノデアル。故ニ私ノ説ハ契約存續説トデモ稱ス可キモノニナル。

反之、諸學者ノ解説ハ、蓋シ家屋ガ焼失スレバ、契約關係ガ當然ニ一切終了スルモノト考ヘタモノ、様デアツタ。從テ借家人ハ燒跡地ニ立入ル權利モナケレバ、假屋ヲ築造スル權利ナドハ勿論無クナル譯ダ。此結果ノ不都合ヲ緩和スル爲メニ、様々ナ考案ヲ立テ、試ミニ論ジテ見タ様ナ學說ヲ、三ツ程新聞デ見タ。

マタ私ノ上ニ述ベタ見解ハ、過般ノ震災ニ起因スル事件ナルト、平常ノ事件ナルトニ因テ、法理ヲ區別シテ居ルノデハナイガ、諸學者ノ解説デハ、過般ノ震災ニ付テノ特別法理トシテ、考究セラレタモノガ多イ様デアツタ。尙ホ其等ノ學說ヲ各別ニ考慮シテ置ク。

XV. 殘品整理說ノ批評

或法曹ハ燒跡殘品ノ整理ヲ限度トシテ、借家人ノ假屋建設ノ權利ヲ認メルト云フ意見ヲ公表シテ居ル。其根據トカ、法理トカ、法律の構成ト云フ様ナモノハ、述ベラレテナカツタノデ、私ハ色々ト其趣旨ヲ推量シテハ見タガ、正確ナ觀念ヲ捕ヘルコトハ出來ナカツタ。如何ニシテ殘品ノ整理ト云フ具體的ナ標準ガ、解釋法學ノ上ニ表ハレテ來ルノカ、何故ニ整理ス可キ殘品ノアル場合デナケレバ、其土地ヲ占據シテハナラヌノカ、マタ斯様ナ特別ナ法理ハ、過般ノ様ナ非常時ニ於テノミ認メラレル

ノカ、常時ニ於テモ、認メラレルノカ、更ニ殘品整理ノ爲メニ假屋ヲ築造スルコト云フ程ノ必要ハ、實際ニハ殆ント皆無ノコトデアツテ、寧ろ其レヲ口實トシテ、住宅又ハ營業場ノ用ニ當テル建物ノ築造ヲ默認スル爲メノ、策略カラ案出サレタ議論デハアルマイカト云フ様ナ點ニ付テ、私ハ幾多ノ疑問ヲ持タサレタノデアアル。少クトモ結果ニ於テハ、斯様ナ策略付ノ家屋ヲ作ツテ、地主及ビ家主ニ對抗スル借家人ヲ生ジ、幾多ノ社會爭議ヲ醸シテ居ルコトハ明ラカデアアル。

XVI. 人格說ノ批評

又タ或ル論者ハ借家人ガ其燒跡ニ假屋ヲ作ルコトハ、彼レノ人格的ナ住居權又ハ營業權ニ基クモノデアルト唱ヘタ。此說ニ付テハ、斯様ナ權利ハ、借家人ガ契約上ノ權利トシテ有スルノカ、或ハ居住又ハ營業シ來ツタ事實ヲ基礎トシテ、時效制度ノ如キ根低カラ生ズル、法律上ノ權利デアルノカ、マタ其權利ノ存續期間、及ビ彼レノ對價的義務等ニ亘ル、内容問題ニ付テモ、多クノ疑問ヲ生ズルノデアアル。

殊ニ斯様ナ權利ガ許サレルコトニナレバ、地主ノ所有權ト、家主ノ借地權トハ、何故ニ其レカラ受ケル制限ニ服サナケレバナラヌノカ？固ヨリ所有權ト借家權ノ威力ヲ過信スルコトハ出來マイガ、何故ニ此等ノ權利ハ、左程ニ無意義ナモノトシテ取扱ハレナケレバナラヌノデアロウカ？元來、現代ノ民法ハ財産權ノ保護ニ忠實デアツテ、人格的ナ權利ノ保護ニハ、冷膽デア

ルトイフ非難ハ、相當ニ根柢ノアル議論デアルトハ私モ考ヘル。然シ乍ラ其論ハ現代法ニ對スル、一ノ希望論ト立法論トシテ權威アルニ止マリ、現行法ノ解釋論又ハ運用論トシテノ權威ヲ、之ニ認メルコトハ出來ナイ。

マタ他ノ一面カラ見レバ、借家人ニ對シテ人格的ナ保護ヲ與ヘルコトガ必要デアルナラバ、地主ヤ家主ヤニ對シテモ、人格的ナ保護ヲ與ヘル必要ガアル。現代ノ法律觀念デハ、地主ニ對スル人格的ナ保護ハ、所有權ノ保護トナリ、借地人ニ對スル人格的ナ保護ハ、借地權ノ保護ト云フコトニナルモノデハアルマイカ。換言スレバ、實質的ナ人格ノ保護ハ、形式的ニハ財産化サレテ、私有財産制度トナツテ表ハレテ居ルモノガ多イノデアアル。故ニ借家人ノ人格ヲ保護スル爲メニ、地主ト家主ノ人格ノ保護ヲ閑却スルコトハ出來ナイノデアアル。故ニ論者ノ主張ハ現代私法ノ組織ト體系ヲ、解體シタ上デナケレバ成立シナイノデハアルマイカ。過般ノ震災ハ誠ニ未曾有ノ著大ナル慘事デハアツタ。然シ現代法制ヲ解體シテ、新奇ナル法理ヲ開拓セシムル迄ノ威力ハ竟ニ有シナカツタデアロウ。

XVII. 權利濫用ノ批評

マタ或論者ハ借家人ガ燒跡ニ假家ヲ築造スルコトヲ禁ズルノハ、權利ノ濫用ニナルトイフ見解ヲ立テ、居ツタ。權利ノ濫用トイフ觀念ハ、吾民法ニ於テモ認ム可キモノデアルコトハ、從來私共モ主張シテ居ルコトデアアル。唯ダ事案ノ解答ハ、此觀念ヲ

以テ見ルコトガ、妥當デアルカ且ツ其レデ十分デアルカラ、疑フ丈ケノコトデアル。

論者ノ主張スル所ハ、専ラ過般ノ大災害後ノ狀況ヲ背景トシテノ認定論ノ様デアツタ。故ニ通常ノ場合ナレバ、借家人ハ假家築造ノ權利ハ無イコトニナルノデアル。借家人ガ急迫ナ處置トシテ、斯様ナ權利ヲ有スルト云フコトニナレバ、必ズシモ其借家ノ燒跡地デナクトモ、急迫ナ處置ニ必要ナル限リハ、何レノ他人ノ土地ヲモ任意ニ選定シテ、其處ニ假家ヲ構ヘルコトガ許サレルコトニナルマイカ？而シテ其レハ權利トシテ認メラレルモノデアロウカ？マタ一般ノ法律制度トシテ、急迫ヲ理由トスレバ、他人ノ生活利益ノ侵害ハ權利デアリ、之ヲ禁ズルコトハ權利ノ濫用ニナルトイフ意味デアロウカ？

私ハ、權利ノ濫用トイフ觀念ハ、ドイツ民法二二六條ニ稍具體的ニ規定サレタル様ニ、單ニ他人ニ害ヲ加ヘルノミノ目的ヲ有シ得ル場合ノ、權利ノ行使ヲ指ストイフ程度ニ止メテ置キタイト思フ。即チ自己ニ必要モナイ權利ノ行使ニ因テ、他人ニ害ヲ加ヘルコトガ、權利ノ濫用ニナルコトハ疑ガナイ。例ヘバ隣人ノ用水ヲ渴乏セシムル爲メニ、自己ニ必要ノ無イ井戸ヲ堀ル様ナコトハ、假令、形式ニ於テハ所有權ノ行使デアツテモ、明白ナ權利ノ濫用トナリ、其行爲ハ不法行爲トモナル可キモノデアロウ。然シ乍ラ今次ノ事件ニ見ル様ナ、地主ハ所有權ノ必要上、家主ハ借地權ノ必要上、假家ノ築造ヲ禁ズルトイフコト

ニナレバ、之ヲ以テ權利ノ濫用ナリト斷ズルコトハ出來ナイデアロウ。

マタ論者ノ急迫認定ニ對シテモ、私ハ疑ヲ持テ居ル。生々シイ慘害ノ燒跡ニ立歸ツテ、假屋ヲ建テタ人々ノ殆ント總テハ、生存ノ急迫ヲ感ズルトイフヨリハ、却テ將來ニ向テ復興氣分ノ漲ツテ居タ野心家デアッタノデハアルマイカ。災害當時カラ諸般ノ行政的保護ガアツテ、公共ノ假屋モ供給サレ、食料モ供給サレ、安全地帯ニ避難ス可ク、交通機關モ提供サレ、避難先ニ、マタ夫々ノ生活保護ヲ與ヘラレテ居ルニモ拘ハラズ、當時尙ホ危險ノ多カッタ燒跡ニ立戻ツテ、假屋ヲ構ヘルコトガ、而カモ名ハ假屋ト稱シ乍ラ相當ニ固定的ナ、且ツ裝飾的ナ家屋ヲ築造スルコトガ、流行シテ居ッタ際ニ、論者ハ何故ニ其行爲ヲ生活上ノ急迫行爲ト見タノデアロウカ。

マタ此論ニ對シテモ、前說ニ對スルト同様ナ、借家人ガ其土地ヲ占據シ得ル期間、及ビ其對價的義務等ニ付テ、内容的疑問ガ起ル。地主又ハ家主ハ如何ニシテ、借家人ニ其假屋ヲ收去セシムルコトヲ得ルデアロウカ、——何レ此問題ハ借家人ノ住居權、營業權、又ハ緊急的ナ事情ニ基ク權利ノ内容ニ因ル問題デアロウカラ、論者ノ詳密ナ内容ノ説明ヲ待ツヨリ外ハナイデアアル。

第三節 保 險 問 題

XVIII. 保險爭議ノ概念

假屋問題ト共ニ、生活ノ安定ニ付テ起ツタ、震災後ノ問題ハ火災保險金支拂問題デアル。保險會社側ニ於テハ、地震ニ基因スル損害ニ付テハ、保險金ヲ支拂フ責任ガ無イトイフ主張ヲシテ居ル。反之被保險者側ニ於テハ、單ニ法律問題トシテノミナラズ、社會問題トシテ、マタ政治問題トシテ、保險金ノ支拂ヲ要求スルニ至ツタノデアル。私ハ固ヨリ法律問題トシテノミ、殊ニ商法ノ解釋運用上カラ、保險會社ニ支拂ノ責任アリヤ否ヤヲ考究スルノデアル。

或論者ハ法律上、保險會社ニ責任ハナイガ、道德上ノ責任トシテ、見舞金ノ様ナモノデモ支拂ヘトイフ様ナ主張ヲシテ居ル。私ハ斯様ナ主張ノ當否ニ對シテハ、多ク批評ヲ加ヘル氣ハナイ。蓋シ私ハ法律ト道德トガ互ニ正反對ノ結論ヲ教フル様ナコトヲ平氣デ説クコトハ出来ナイカラデアル。私ハ法律上支拂ヲ要セザルモノナレバ、道德上モ支拂ヲ要セザルモノデアリ、法律上支拂ヲ要スルモノナレバ、道德上モ支拂ヲ要スルモノト信ズルノデアル。

XIX. 地震約款論ニ對スル私ノ態度

保險金ノ支拂ヲ拒ムニ付テ、最モ普通ニ主張サレル理由ハ、保險契約ニハ所謂地震約款ガ結バレテ居ルト云フコトデアツタ。

即チ原因ノ直接ナルト、間接ナルトヲ問ハズ、地震ノ爲メニ生ジタル、火災及ビ其延焼其他ノ損害ニ付テハ、保險會社ハ填補ノ責ニ任ゼズトイフ様ナ約款ハ、各保險證券ニ殆ンド一律ニ掲ゲラレテ居ル様デアル。コノ地震約款ヲ無効ト見ル者ハ、過般ノ震火災ニ付テ、保險金ヲ支拂フ可シト論ジ(積極説)、之ヲ有効ト解スル者ハ、支拂無用論ヲ唱ヘテ居ルノガ普通ノ様デアル(消極説)。

然シ私ハ地震約款ノ有効無効問題ト、全然無關係ニ此事件ヲ解イテ居ル。即チ地震約款ガ有効デアツテモ、無効デアツテモ、法律ノ直接規定ニ根據ヲ求メテ、解決シ得ル問題デアルト思フ。然シ乍ラ斯様ナ約款ノ效力問題ヲ研究スルコトガ、法律學上、全然無意義デアルト云フノデハナイ。唯ダ今次ノ事件ハ、此問題カラ切り離シテ解決シ得ルトイフノガ、私ノ主張ナノデアル。

XX. 例外則ノ勿論解釋

思フニ商法ハ火災保險契約ニ付テハ、一應ノ原則ヲ定メテ、火災ニ因ツテ生ジタル損害ハ、其火災ノ原因如何ヲ問ハズ、保險者之ヲ填補スル責ニ任ズトイフノデアルガ、同時ニ此原則ニ對シテハ二ツノ著大ナル例外ヲ認メテ居ル(商法 419)。其例外ノ一ツハ商法三九五條ノ場合デアツテ、戰爭其他ノ變亂ニ因テ生ジタル損害ハ、特約アルニ非ラザレバ、保險者之ヲ填補スル責ニ任ゼズト云フノデアル。茲ニ於テカ地震ニ因テ生ジタ火災ノ損害ハ、商法三九五條ニイフ變亂ニ因テ生ジタル損害ト見ル

コトが出来ルカ何カノ問題が起ラネバナラス。

仍テ先ヅ同條ノ「變亂」ノ意義ヲ解カネバナラスコトニナル。思フニ變亂トハ規定ノ辭例ニモ見ル様ニ、戰爭ノ如キ人爲的ナ動亂ヲ指スモノデアロウ。故ニ一揆、暴動、革命運動ノ如キハ、皆ナ同條ノ所謂變亂トナルコトハ明カデアアル。元來、變亂ニ付テ保險者ノ責任ヲ免除スル立法上ノ理由ハ、豫想外デアリ、且ツ著大ナ損害ニ付テハ、保險者ニ於テ經濟上填補ノ責ヲ、果タシ得ルモノデハナイト云フ所カラ來ルノデアアル。

事、既ニ人爲的ノ變亂デアルカラ、絶對ニ豫想外ノコトデモナケレバ、絶對ニ人間ノ努力ヲ以テ、防止シ得ザルコトデモナイノデアアル。然ルニ商法ハ現代ノ人間社會ニ於テハ、其豫想タルヤ、其努力タルヤ、頗ル困難事デアツテ、殆ンド不能ニ近イコトモ多イカラ、斯様ナ原因ニ基ク損害ニ付テハ、保險者ノ責任ヲ免除スルトイフノガ、立法ノ精神デアルコトハ疑ガナイ。

茲ニ於テカ私ハ、人爲的ナ變亂ニ付テ保險者ヲ免責スルナラバ、人爲ヲ以テ如何トモス可カラザル變災ニ付テハ、尙ホ更ラ保險者ヲ免責ス可キデハアルマイカト思フノデアアル。現代ノ人類文化ノ程度ヲ以テハ、地震ヲ豫知スルコトモ出來ズ、防止スルコトモ出來ズ、其レカラ受ケル損害ヲ減殺スル能力モ甚ダ乏シイトイフ有様デアアルニモ拘ハラズ、コノ突發的ナ、著大ナ、而カモ擴大性ニ富ムダ震火災ノ損害ニ付テ、何故ニ保險者ハ填補ノ責ヲ負ハナケレバナラスノデアラウカ。

商法三九五條ノ精神ヲ徹底セシメレバ、勿論、保險者ノ免責論ヲ認メナケレバナラヌ筈デアル。法規ノ用語文章ハ、法律精神ノ全体ヲ表現スルモノデハナイ。故ニ法律ノ精神カラ見テ、或ル低イ程度ノ事例ガ、法文ノ形式トナツテ居ル場合ニハ、其レヨリモ高イ程度ノ事例ニ對シテハ、勿論、其法文ガ適用サレナケレバナラヌノデアル。斯クノ如キ意味ニ於ケル法律ノ勿論解釋ハ、既ニ一般學者ノ承認スル所デアル以上ハ、變亂ニ付テノ免責規定ハ、其勿論解釋ニ因テ、變災ニ付テノ免責規定トモナラナケレバナラヌノデアル。故ニ商法三九五條ノ解釋ノ結果ハ、變災ハ勿論、變亂ニ及ブ規定トナルノデアル。

XXI. 地震ト火災ノ法律的連絡

然シ乍ラ過般ノ大火災ノ損害ガ、悉ク商法三九五條論（變災論ト變亂論）デ、解決サル可キモノデアルカ否カニ付テハ、更ニ細心ナ觀察ガ拂ハレタ上デナケレバナラヌ。過般ノ地震ハ噴火的ナモノデ無カッタ丈ケニ、物理的ナ意味ニ於テハ、地震カラ直接ニ生ジタ火災ト云フモノハ無カッタ。其混雜ニ紛レタ失火、放火、發火、及ビ其等ノ延火ニ因ル損害デアルカラ、何レノ損害モ地震カラ見レバ、幾事態ヲ轉化シタ火災ノ結果デアルコトハ疑ガ無イ。故ニ物理的ニ云ヘバ、過般ノ大火災ハ何レモ、地震ノ間接ノ結果デアリ、唯ダ其間接ナルコトニ付テ、程度ト段階トニ差等ヲ見ルノデアル。

ケレドモ原因ト結果トノ關係ガ直接關係デアルカ、間接關係

デアルカハ、吾々ノ見地カラスレバ、社會的觀念トシテ之ヲ決定シナケレバナラナイト思フ。地震歴史ノ上ニ表ハレタ結果ハ、苟モ地震ガ人間社會ニ及ボセル現象トシテハ、火災ヲ伴ハナイ地震ハ先ヅ無イノデアル。故ニ或程度ノ火災ハ、地震ノ直接結果ト見テモ差支ハナイノデアル。尤モ直接、間接トイフコトハ、結局ハ程度ノ量定問題トナルデアロウ。火藥、爆彈、其他ノ藥品等カラノ發火、及ビ炊事場、浴場、暖房裝置、及ビ工場等カラノ失火ノ如キハ、特異ナ事情ノ加ハツタモノデ無イ限リハ、地震ノ直接火災ト見ル可キデアロウガ、震災當時ニ於ケル社會的混亂ニ乗ジテ行ハレタ放火ノ如キハ、地震ノ間接火災ト見ル可キデアロウ。マタ震災ニ因テ消火能力ノ衰ヘタ爲メニ、格外ノ範圍迄、延焼スルニ至ツタノモ、地震ノ間接結果ト見ル可キデアロウ。尙ホ其等ノ火災ニ付テ消防又ハ避難ニ必要ナル處分ニ因リ、保險ノ目的ニ付テ生ジタル損害ノ如キモ(商法420)、地震ノ間接結果ト見ルコトガ出來ル。

然ラバ地震ノ直接損害ニ付テノミ保險者ヲ免責シ、其間接損害ニ付テハ、保險者ヲ免責シ得ザルモノデアルカトイフ問題モ起ルデアロウ。然シ私ハ地震カラ生ジタ直接ノ結果デモ、間接ノ結果デモ、之ヲ豫量シテ保險金ヲ支拂フ經濟的ナ準備ヲスルコトガ不能デアル程ニ、擴大性ノアル突發的ナ著大ノ損害ニ對シテハ、商法三九五條ノ適用ヲ拒ミ得ル道理ハナイト思フ。故ニ私ハ地震ノ直接火災デアルカ、間接火災デアルカラ區別スル

ヨリハ、地震ト相當ノ因果關係ヲ有スル火災デアルカ否カニ因テ、三九五條ノ適用範圍ヲ分界ス可キモト思フノデアアル。故ニ例ヘバ放火ニ因ル火災又ハ其延焼デアツテモ、震災當時ノ混亂狀態トマタ其當時ノ消防火ノ無能力狀態トカラ見テ、地震ト相當ノ因果關係ヲ有スル火災ト見得ルニ防ゲノ無イモノハ、甚ダ多イ様ニ私ハ觀察シテ居ルノデアアル。從テ放火ニ因ル損害デアルカラ、保險金ヲ支拂フ可シト云フ主張ハ、餘リニ法律の判斷ニ於テ、單純過ギタ主張デアアルマイカ。

XXII. 立證責任ノ分擔

保險金請求事件ニ付テ起ル附帶的ナ問題トシテハ、立證責任ノ問題ガ可ナリニ重要視サレルコトニナル。保險ノ目的物ニ付テ生ジタ損害ハ、保險金ヲ請求スル者ニ於テ、之ヲ立證シナケレバナラス。尙ホ保險金ノ請求者ハ、其損害ノ原因ハ火災ナリシコトヲモ立證シナケレバナラス。詳言スレバ損害ノ事實ト損害額ト損害原因ガ火災ナリシコト迄ハ、保險金請求者ニ立證責任ガアルモノト思フ。然シ其火災ハ商法三九五條ノ變亂（勿論變災ヲ含ム）ニ因ル火災ニ非ラザリシコト迄ノ立證責任ハ、保險金請求者ニ負ハサレルモノデハナイト思フ。却テ變亂ニ因ル損害ナルコトヲ主張スル保險者側ニ、其立證責任ガアルノデアアル。

蓋シ原則トシテハ火災ノ原因如何ヲ問ハズニ、保險者ハ填補ノ責任ヲ負フノデアルカラ（商法419）、此原則ニ依テ利益ヲ受ケ

ントスル保険金ノ請求者ハ、其原則ガ適用サレル爲メニ必要ナル最少限度ノ事項丈ケハ、自ラ立證スル責任ヲ負ハナケレバナラス。反之、例外則(商法395, 396)ニ因テ、利益ヲ受ケントスル保險者ハ、其例外則ガ適用サレル爲メニ必要ナル最少限度ノ事項丈ケハ、自ラ立證シナケレバナラスコトニナルノdeal。

故ニ過般ノ災害ニ付テ言ヘバ、被保險者側ニ於テハ損害ノ事實ト其額ト原因ノ火災ナリシコトハ、火災後ノ現場ニ付テ容易ニ立證スルコトガ出來ルデアロウ。然シ保險者側ノ免責事由タル災害ノ原因ハ、變亂(勿論變災ヲ含ム)デアツタトイフコトノ立證ハ、事後トナツテハ稍困難ニナルノdeal。然シ乍ラ九月一日カラ二日迄ノ間位ノ災害デアリ、而カモ周圍ノ狀形カラ見テ震災ニ基因スル災害dealコト迄ヲ、保險者側ニ於テ立證スレバ、商法三九五條ノ例外則ヲ適用スルニハ、十分ナモノト見ナケレバナナルマイ。即チ私ハ時ト場所トノ關係カラノ立證デ十分dealト思フノdeal。其レ以上ノ事項殊ニ震災ノアツタコトノ事實ノ如キハ、民事訴訟法二一八條ノ所謂(裁判所ニ於テモ)「顯著ナル事實」トシテ、立證ヲ必要トセザルモノdeal。

XXIII. 立證責任ノ法則

上ニ述ベタ立證責任問題ヲ判斷スルニ付テハ、私ハ茲ニ三ツノ原則ヲ擧ゲテ置ク。

- a. 無的ナ事實(消極事實)ヲ主張スル者ニハ、立證責任ガ無い——有的ノ事實(積極事實)ノ主張者ニ、其責任ガ歸スル。

b. 普通ノ事實ヲ主張スル者ニハ、立證責任ガ無イ——特別ノ事實ノ主張者ニ、其責任ガ歸スル。

c. 利益(例、權利、免責)ヲ主張スル者ハ其利益ヲ受ケルニ必要ナル事實ヲ、立證スル責任ガアル。

既述セル商法四一九條ト、同三九五條ノ適用問題ニ付テ、私ハ前段ニ於テハ、cノ法則ニ據テ解イタノデアル。然シ其問題ハa及bノ法則ニ據テモ、同一ノ結論ニ達スルノデアル、即チ——

損害ガ無カッタトイフ無的事實ヲ主張スル者(例、保險者)ニハ、立證ノ責任ガナイ。却テ損害ガアツタコトノ有的事實ヲ主張スル者(例、被保險者)ニ、立證ノ責任ガ生ズルノデアル(a)。又タ損害ノ原因ハ火災デアツタトイフ主張ヲ爲ス者モ、有的事實ノ主張者(例、被保險者)デアルカラ、其立證責任ヲ負フコトニナル(a)。而シテ其損害ノ主張モ、火災ノ主張モ、共ニ普通事實ノ主張デハナク、特別事實ノ主張トナルカラ、其主張者(例、被保險者)ニ立證責任ガ生ズルコトニナル(b)。

同様ニ火災ノ原因ハ變亂デアツタトイフ主張ヲ爲ス者(例、保險者)ハ、有的事實ノ主張者デアルカラ、其主張事實ノ立證責任ヲ負ヒ(a)、マタ同時ニ特別事實ノ主張者トナルカラ、其主張事實ノ立證責任ヲ負ハナケレバナラヌコトニナルノデアル(b)。

XXIV. 保險契約ノ有償性

今次ノ保險金問題ヲ考慮スルニ付テハ、現代ノ制度ニ於テハ、保險契約ハ有償契約デアルトイフコトヲ、度外視シテハナラス。

即チ保險者ハ損害填補債務ト云フ犠牲ヲ提供スルニ對シ、保險契約者ハ其報酬債務ト云フ犠牲ヲ提供スル契約デアル（商法384）。然カモ世間ノ保險契約ハ、双方ノ犠牲ガ比例的ニ考慮サレル、商業取引トシテ行ハレテ居ルノデアル。故ニ保險者ガ受ケル報酬（保險料）ノ額ハ、損害ノ危險率ニ比例シテ居ル筈デアル。

然ルニ保險契約ノ實際デハ、地震ノ危險率トイフモノニ付テハ、商業上ノ基礎トナシ得ル迄ニ、精確ナ統計モ調査サレテ居ラヌシ、殊ニ保險證券ニハ地震約款ヲ表示シテ居ル位デアルカラ、保險會社ニ於テハ地震ノ危險ヲ豫想シテノ保險料トイフモノハ、全然受取ツテ居ラヌコトハ明白ノ様デアル。故ニ保險會社ハ有償契約タル可キ筈ノ保險契約ヲ結ンデ居リ乍ラ、實際ニ於テハ一錢ノ報酬ヲモ受ケナカツタ地震ノ危險ニ付テ、填補ノ責任ヲ負ハナケレバナラヌト云フコトニナレバ、保險契約ノ經濟的基調ヲ破リ、法理ノ公平ヲ亂スコトニナルノデアル。或論者ハ法律上、保險會社ニ支拂ノ義務ハ無イガ、能力ノアル限りハ、道德上支拂フ可キモノデアルト唱ヘテ居ル。然シ保險會社ハ慈善團體デハ無ク、一ノ商利ヲ營ム會社デアルノダカラ、斯様ナ無對價ナ、片面的ナ犠牲ヲ提供シナケレバナラヌトイフ、珍奇ナ道德ニ信仰ヲ持ツコトハ、ドーシテモ出來ナイ。

固ヨリ商法ハ、地震ノ如キ變災、又ハ戰爭ノ如キ變亂ニ付テモ、保險契約ヲ結ブコトヲ、許シテ居ルコトハ明カデアル（商

法395)。從テ地震保險モ實際的ニ發達シテ、吾々ノ日用制度トナツテ、モツト吾々ノ生活ノ安定ヲ確保スル様ニ、ナツテ呉レナケレバ困ルノデアル。現ニ外國ノ保險者ト地震保險ヲ結ンデ居ツタ少數ノ被保險者ハ、既ニ完全ナ保險金ノ支拂ヲモ受ケテ居ルトイフコトデアル。茲ニ私ノ一點感ズルコトハ、歴史的ニ地震ノ經驗ヲ持ツテ居ル吾國ノ保險業者ガ、地震保險ヲ經營シナカッタニモ拘ハラズ、地震ノ經驗ノ乏シイ英國ナドノ保險業者ガ、吾國ニ於テ多少ナリトモ地震保險ヲ營ンデ居ツタト云フコトデアル。

XXV. 事情論ト法理論

私ハ以上ノ様ナ經濟的ナ觀察カラ見テモ、殊ニ保險料算定ノ事情論ト、有償契約論トヲ結び付ケル立場カラシテモ、今次ノ保險金問題ニ付テハ、消極說ヲ採ラナケレバナラヌコトニナツタノデアル。最モ斯様ナ經濟的事情論トイフモノハ、契約法理ニ對シテハ、之ヲサ程、重要視ス可キモノデハナイカモ知レヌ。然シ私ハ其事情論モ、法理ニ對シテハ、全く無權威ナモノトハ思ハナイ。根柢アル法理論ノ背景ニハ、適切ナル經濟的ナ觀察モ加ハラナケレバ、法理ノ社會的ナ意義ト使命トハ、無クナツテ終フノデアル。然シ私ハ、保險金ヲ支拂フコトニナレバ、保險會社ノ全資力ヲ以テシテモ、總保險金額ノ一割ニモ充タザルガ故ニ、支拂ハ結局、經濟的ニ不能デアルトイフ様ナ、經濟的ナ判斷ハ今次ノ法理論ニハ、加味サル可キモノデハナイト思フ。

拂フ可キモノデアレバ、破産ヲ覺悟シテモ拂フ可キデアル。マタ保險金ノ支拂ハ無害ノ被保險者ニ、損害ヲ分擔セシムルコトニナルモノデアルト云フ、保險學上ノ解説モ、問題ヲ契約法理トシテ説ク以上ハ、之ヲ考慮ノ中ニ入レル必要ハナイト思フ。

明白ナコトデアアルガ、茲ニ一言斷ツテ置クコトハ、商法三九五條ノ特約ト云フノハ、變亂(勿論變災ヲ含ム)ノ場合デモ、保險金ヲ拂フトイフ方ノ特約デアツテ、所謂地震約款ノ如キ保險金ヲ拂ハズトイフ方ノ特約デナイコトデアル。故ニ拂フコトノ特約が無ケレバ、拂フヲ要セザルモノデアリ、地震約款ノ如キ、拂ハザルコトノ特約ハ、實ハ蛇足デアツタノデアル。

XXVI. 地震約款ノ效力問題

以上述べタ私ノ見解ハ、目下世上ニ論議サレテ居ル地震約款ノ效力問題ニハ、觸レテ居ラス。マタ觸レル必要モ無イノデアル。蓋シ私ハ地震約款ハ無クテモ、保險金ノ支拂ヲ要セズトスル、商法三九五條論者デアルカラダ。換言スレバ、地震約款ハ有効ナリトスレバ、三九五條ノ趣旨ト重複スル、蛇足のナ契約タルニ止マリ、反之無効ナリトスレバ、三九五條ノミガ活用サレルコトニナルノデ、保險者ヲ免責スルコトノ結果ニ於テハ、變リハナイノデアル。

假リニ商法三九五條(四一九條但書引用)ノ様ナ規定が無カツタトスレバ、地震約款ノ效力問題ハ頗ル重要ナ意義ヲ帶ビルコトニナル。故ニ斯様ナ假想的ノ場面ニ應ズルノ論議トシテハ、

私モ世間ノ論議ニ對シテ、學問的ナ興味ヲ有シナイ者デハナイ。蓋シ地震約款ナルモノハ永年ノ間且ツ世界的ニ慣用サレテ來タコトデアリ、從テ其レガ一應、社會的ナ秩序ヲ形成シテ居ルモノデモアルカラ、輕々ニ其效力ヲ否定スルコトモ困難デアルシ、反之、締約ノ手續ト其周圍ノ事情、殊ニ被保險者ノ多クハ無意識ナリシコト等ヲ考ヘレバ、其效力ヲ肯定スルコトニ付テモ、多クノ不安ヲ感ズルカラデアル。殊ニ斯様ナ契約ガ有效トスレバ保險者側ノ社會的勢力ハ、微力ナル被保險者側ノ利益ヲ、容易ニ制壓スルコトガ出來ル様ニナル。此種ノ危險ト不安トハ、極端ナル契約ノ自由制度ニ基因スルモノデ、保險契約ニ於テノミ實驗シ得ルコトデハナイ。鐵道業、海運業、倉庫業、銀行業、其他廣ク公衆ヲ相手トスル大企業ノ經營ニ付テ、常ニ實驗スル所デアル。即チ事實ニ於テハ、契約ノ内容ハ、大企業家ガ一方的ニ之ヲ決定シ、一般公衆ハ全く意識シナカツタコトニ付テ、契約的拘束ヲ受ケル様ニナルコトデアル。尙ホ此等ノ問題ニ付テハ、論議ス可キ餘地ハ甚ダ多イガ、約款ノ效力問題ト無關係ニ、法理ヲ説イタ私ハ、此稿ニ於テハ、多ク無要ニ歸スルモノト信ズルカラ、其等ノ論議ハ他ノ機會迄留保シテ置ク。

尙ホ終リニ一言附加ス可キコトハ、地震約款ノ效力ヲ論ズル前提トシテ、商法四一九條ハ强行規定デアルカ、任意規定デアルカヲ論ズルモノガアルコトデアル。然シ現行ノ制度ニ於テハ、保險ハ純然タル民事契約ノ一制度デアツテ、單ニ其作用ガ社會

的ナ使命ヲ果シテ居ルニ過ギナイノデアル。故ニ如何ナル火災ノ原因ニ付テ、保險者ノ責任ガ生ズルカハ、全ク當事者間ノ自由合意ニ因テ定メルコトガ出來ルノデアル。從テ當事者ハ其原因ノ範圍ヲ擴大スルコトモ出來レバ、減縮スルコトモ出來ル筈デアル。法律ハ其擴縮ヲ以テ、全然、當事者間ノ私經濟問題トシテ居ルノデアル。故ニ私ハ現行ノ保險制度ノ上カラ見テ、商法四一九條ハ任意規定ナルコトニ付テ、全ク疑ヲ有シナイノデアル。唯ダ保險制度ヲ、私經濟制度カラ公經濟制度ニ改造シテ、社會生活ノ安定ヲ計ル方策ニ於テ、四一九條ヲ強行スルトイフ立法論ハ、自ラ別問題デアル。

(1923 XII)